

A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DE INSTÂNCIA DO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91*

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro – Professor de Ciência Política e Direito Constitucional da Faculdade da Cidade.

I. APRESENTAÇÃO

Alguns institutos jurídicos tiram sua vida da experiência histórica dos povos. Por sua própria natureza, estão em contínua mutação evolutiva, se bem que possuam um núcleo axiológico reconhecível em qualquer sistema jurídico-positivo. A riqueza valorativa dessa cepa de institutos faz com que influam no sistema como um todo, convolvendo-os em verdadeiros princípios constitucionais¹. Dessa modalidade é a cláusula do devido processo legal.

Partindo do estudo do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal, dirigimos nossa análise, precipuamente, para a constitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei nº 8.213/91. É certo, porém, que o mesmo raciocínio aqui empreendido pode e deve ser feito para todas as normas que, restringindo o alcance do devido processo legal, exijam depósito prévio para que possa o administrado recorrer de decisão de primeira instância administrativa.

II. BREVE HISTÓRICO SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

II.1. Direito Inglês

O Duque normando Guilherme, O Conquistador, em 1066, partiu da Normandia acompanhado de 6.000 cavaleiros para empreender a conquista

* Estudo em homenagem ao Professor Sérgio Ferraz.

¹. “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.” CRISAFULLI, *apud* BONAVIDES in *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 230.

da Inglaterra. Venceu o herdeiro legal, Haroldo, na Batalha de Hastings, apoderando-se do trono inglês. Guilherme dizia-se herdeiro legal do Rei Eduardo, O Confessor, morto havia pouco e que lhe teria deixado o trono em herança. Guilherme reinou com mão de ferro, tornando a nobreza inglesa fraca, comparativamente à francesa. Os feudos eram bem menores que os franceses e todo senhor feudal tinha que prestar juramento de fidelidade ao rei. Além disso, o país foi dividido em condados, sendo o rei representado ali por um funcionário local - o xerife - com autoridade não apenas sobre os plebeus mas também sobre os próprios senhores.

Ao reinado de Guilherme, O Conquistador, seguiu-se o de Henrique II (1154-1189), que deu prosseguimento à política centralizadora do primeiro. De origem francesa, da família de Plantageneta, Henrique II sequer falava inglês. Foi um rei poderoso. Três vezes por ano reunia a Grande Assembleia, na qual promulgava as leis, válidas para todo o reino. Organizou com eficiência a justiça e o exército. Tentou opor-se à Igreja, porém, ameaçado de excomunhão pelo papa, curvou-se ao seu poderio.

Ricardo Coração de Leão foi o sucessor de Henrique II. Deu continuidade à obra de seu antecessor, fortalecendo ainda mais o trono, em detrimento da nobreza. Morto Ricardo, sobe ao trono seu irmão, João Sem-Terra, que tentara anteriormente usurpar o trono quando da prisão do rei na Áustria, quando este voltava da Terceira Cruzada. Já naquela primeira tentativa de alcançar o poder, João Sem-Terra não se mostrara digno de ocupar a coroa. Todavia, assumindo definitivamente o poder, passou a exigir elevados tributos, comportando-se como verdadeiro tirano. Paralelamente, sua política externa foi outro desastre. Perdeu grande parte dos feudos que os ingleses possuíam na França, em embate com o rei francês Filipe Augusto. Confrontou também o poder papal, não logrando êxito em seu intento. Sua situação complicou-se ainda mais, após a derrota de seus aliados da Alemanha e da Flandres, na Batalha de Bouvines, em 1214, pelas tropas de Filipe Augusto. No ano seguinte, os barões ingleses trataram de obrigar o rei a assinar o documento que ficou conhecido como a Magna Carta, limitando-lhe o poder.

Dignas de nota as poéticas palavras de PAULO FERNANDO SILVEIRA: *“Legislaram, na época, para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, motivo pelo qual nós também devemos pagar enorme tributo à Magna Carta. A luta para sua conquista revela a própria natureza da humanidade, no sentido de que o homem nasceu para*

*ser livre, com direito incontestável à busca da felicidade individual, não havendo poder na Terra que possa obstar esse fato. Denota, também, esse monumental documento, que o direito à liberdade pertence a todo o povo, dele não podendo ser excluído ninguém*².

Observe-se que a expressão devido processo legal (*due process of law*) não foi utilizada na Magna Carta. Ali, no artigo 39, faz-se referência a julgamento legal e a lei da terra (*law of the land*)³. A expressão hoje consagrada foi utilizada pela primeira vez somente em 1354, no **Statute of Westminster of the Liberties of London**⁴.

II.2. Direito Norte-Americano

Levaram os colonizadores ingleses para as colônias da América do Norte os fundamentos da *common law* e do devido processo legal.

Com a independência, e o insucesso da frágil experiência do pacto consubstanciado nos **Artigos da Confederação**⁵, reuniram-se representantes dos novos Estados independentes em Filadélfia, onde firmaram a Constituição americana de 1787. Originariamente com apenas sete artigos, foi acrescida de dez emendas em 1791, por força do gênio de Jefferson, Madison e Mason. É a chamada **Bill of Rights** - Emendas nº 1 a 10, propostas pelo Congresso a 25 de setembro de 1789 e ratificadas por um número suficiente de Estados até 15 de dezembro de 1789⁶. Essas 10 Emendas iniciais tinham por escopo exatamente a contenção do poder estatal nacional.

Foi na Emenda V que se utilizou a expressão *due process of law* primeiramente: “*Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em*

² *In Devido Processo Legal (Due Process of Law)*, p. 18.

³ “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except *by the lawful judgement of his equals* or by the *law of the land*.” (grifos nossos).

⁴ “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condicion that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by *due process of law*” (grifos nossos).

⁵ Na apresentação da reunião dos Artigos Federalistas, Isaac Kramnick, observa que “De 1776 a 1787, a América, sob os Artigos, não passou de uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes. O Artigo II dessa primeira Constituição americana declarava que ‘cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência’.” *In Os Artigos Federalistas*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993, p. 09.

⁶ Conforme Bernard Schwartz, *in Direito Constitucional Americano*, nota nº 1, p. 416.

serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (without due process of law); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização”.

A Emenda XIV, proposta a 16 de junho de 1866 e declarada ratificada a 21 de julho de 1868, em sua Seção I, tratou de aplicar a cláusula do devido processo legal especificamente aos Estados da União: *“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (due process of law); nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.*

A evolução do conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal nos Estados Unidos da América passa necessariamente por seu delineamento junto à Suprema Corte daquele país. Com efeito, o estudo do Direito Constitucional Norte-Americano é predominantemente o próprio estudo das decisões de sua Corte Maior. É dizer, com A. L. GOODHART, que *“para compreender tal Constituição é, portanto, necessário, estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em parte, governo pela ação judicial”*⁷.

EDWARD S. CORWIN adotou em seus estudos sobre a Suprema Corte Americana a seguinte periodização: até 1835, de 1835 a 1895, de 1895 a 1937, e de 1937 em diante. Foi o mesmo critério adotado por LÊDA BOECHAT RODRIGUES, em seu clássico **A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano**. O que se observa de uma maneira mais ou menos geral em cada período, é uma ampliação cada vez maior da aplicação da cláusula do devido processo legal, sempre com o escopo de dar a maior proteção possível ao cidadão. Vale anotar as palavras da eminente autora: *“A cláusula de due process of law, inserida na 5ª Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14ª Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na*

⁷. Apresentação da obra **Direito Constitucional Americano**, p. 9.

história constitucional da Inglaterra, à **law of the land**, ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo.”⁸ “Vimos como a cláusula de **due process of law** se tornou, nos últimos anos do período anterior, limitação substantiva do poder dos Estados de regular a liberdade privada em prol do bem-estar público. Ela passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame de seu acordo com a razão (**reasonableness**). Determinar o que constituía o **due process** transformou-se, dizem KELLY e HARBISON, na consideração mais importante do direito constitucional americano”⁹.

Com efeito, não há por parte da Suprema Corte Americana uma definição exata do que vem a ser o devido processo legal, mas é certo que há um delineamento jurisprudencial claro em cada período assinalado pela doutrina que estuda as decisões daquele tribunal. E mais, verifica-se um alargamento cada vez maior do próprio alcance que o Poder Judiciário confere à referida cláusula. Assim é que, CORWIN, citado por LÊDA BOECHAT RODRIGUES, em relação ao delineamento dado pela Corte Suprema Americana a partir de 1937, assevera que a equivalência da cláusula ao que se chamou de razoabilidade da lei findou por ampliar também os poderes da própria Corte Suprema. Anotem-se as palavras do ilustre professor: “*deixou o controle judicial de ter limites definidos e mencionáveis, variando consideravelmente a extensão em que a Corte reexaminará os fatos justificativos da lei sob a cláusula de **due process** da Constituição; em última análise, depende essa matéria do exclusivo arbítrio da Corte e de nada mais*”¹⁰.

LÊDA BOECHAT RODRIGUES vai mais adiante e antevê nas últimas decisões da Corte Suprema, a partir de 1957, uma preocupação mais acentuada ainda com o resguardo dos direitos e liberdades civis, a ponto de ter reservado o último capítulo de sua obra à análise de julgados daquele ano. Com efeito, tal tendência verificada nas decisões da Suprema Corte Americana, de preocupação cada vez maior com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, é hoje fenômeno mundial, como anota NORBERTO BOBBIO. Diz o pensador italiano que “*o problema fundamental em*

⁸. In **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, p. 92.

⁹. Ob. Cit., p. 140.

¹⁰. Ob. cit., p. 229.

relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”¹¹.

II.3. Direito Brasileiro

Da análise do contorno da cláusula do devido processo legal na Inglaterra e Estados Unidos, verifica-se ser esta um instrumento de limitação do poder estatal em prol do cidadão. Por certo, a efetividade do instrumento depende da força das instituições responsáveis por sua aplicação. Apenas num estado de direito democrático, com um Poder Judiciário forte e respeitado, o devido processo legal será verdadeira garantia de direitos fundamentais.

Não basta, pois, haver previsão constitucional do princípio. Necessária a estabilidade da ordem democrática para que se diga presente, de fato, a aludida cláusula no ordenamento jurídico de um país. Destarte, em poucos momentos da história brasileira pode-se dizer aplicável o conteúdo jurídico do princípio.

Na Constituição Imperial não há qualquer menção expressa a devido processo legal. Deveras, é difícil pensar em garantias constitucionais efetivas na realidade daquela ordem constitucional, em consequência da amplitude de poderes enfeixados nas mãos do Imperador. Dignas de nota as palavras de PAULO BONAVIDES sobre o período: *“O mais grave vício que comprometeu todo o sistema parlamentar pátrio foi indubitavelmente a concentração de poderes nas mãos do Imperador; que se converteu, através do Poder Moderador, em supremo juiz das questões políticas... Durante a experiência parlamentar do Império, o País conheceu nada menos que 35 ministérios. No longo reinado de D. Pedro II, 22 ministérios sucumbiram aos litígios políticos dos dois partidos, liberais e conservadores, que disputavam com baixesa áulica e servilismo a simpatia decisiva do Imperador; indispensável à conservação e sobrevivência dos gabinetes. De fato, ambos, conservadores e liberais, se alternaram monotonamente no ministério, sendo, conforme já referimos, a queda dos gabinetes decidida sempre pelo poder pessoal do monarca, sem cujas graças nenhum partido alcança manter-se no poder. Dissolveu D. Pedro II onze vezes a Câmara...”*¹².

Mas não é só. Os artigos 101, VII, e 154 da Constituição de 1824 davam ao Imperador poder para suspender magistrados, o que lhes retirava

¹¹ In **A Era dos Direitos**, p. 24.

¹² In **Ciência Política**, p. 338/339.

a autonomia e independência necessárias para o desempenho da função. Perfeita, pois, a observação de PAULO FERNANDO SILVEIRA: “*Não havendo poder judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado*”¹³.

Vale consignar, contudo, expressa referência à garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, um dos aspectos, como se verá, do princípio do devido processo legal. Com efeito, previa o artigo 158 daquela Constituição a existência de Tribunal de Relação para revisão de causas para a comodidade do povo.

A Carta de 1891, de seu turno, também não previu expressamente o devido processo legal. Porém, tratou de registrar uma Declaração de Direitos, onde reconhecia garantias típicas do conteúdo jurídico do devido processo legal, se bem que com ênfase na esfera penal, tais como: princípio do juiz natural (parágrafo 15, do art. 72) e ampla defesa (parágrafo 16, do art. 72). Havia, também, previsão de independência e autonomia do Poder Judiciário, consoante a expressa vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos gravadas no artigo 57. Todavia, não se pode falar em verdadeira estabilidade institucional e democrática na República Velha.

Em muitos de seus discursos parlamentares RUI aponta as graves distorções do regime neste período de nossa história. São do grande publicista as seguintes palavras, lamentavelmente ainda tão atuais: “*O régimen exclui o merecimento, por isso é um régimen fatal, é um régimen que se liquida, é um régimen que se perde. Se o Brasil tem de reviver, se o presidencialismo ainda tem de se agüentar, se a República dispõe dos meios de atravessar esta crise, há de ser regenerando-se destes costumes torpes em que se afundou o quadriênio passado, há de ser melhorando os costumes políticos, há de ser promovendo o merecimento, há de ser ouvindo com respeito a palavra livre, há de ser banindo da administração pública os grandes culpados, os grandes prevaricadores e os grandes criminosos: Há de ser governando com a opinião nacional. Há de ser acabando com as oligarquias que esmagam, devastam e desonram o País*”¹⁴.

Também a questão eleitoral apontava claramente para a inexistência de Estado Democrático de Direito, tornando inviável a perfeita aplicabilidade

¹³. Ob. Cit., p. 24.

¹⁴. In **Discursos Parlamentares**, vol. XLII 1915, Tomo II, p. 231.

dos aspectos do devido processo legal insculpidos naquela Carta Política. O historiador THOMAS SKIDMORE explicita a questão: *“Pela Constituição de 1891, a presidência era o grande prêmio da política nacional. Já que o presidente estava constitucionalmente impedido de se suceder a si mesmo, era fatal que houvesse grande agitação política, de quatro em quatro anos (a duração do período presidencial), à medida que a liderança situacionista procurava acordo entre os líderes das principais máquinas políticas estaduais para a indicação de um sucessor. Uma vez acertada a indicação, contudo, isso já equivalia à eleição, de vez que os governos estaduais tinham poder para dirigir as eleições e não hesitavam em manipular os resultados para enquadrá-los nos seus arranjos pré-eleitorais...Mas os resultados das cidades ainda podiam ser neutralizados pelos ‘currais’ eleitorais dos chefões do interior (conhecidos como ‘coronéis’)...”*¹⁵.

Mas o que mais contribuiu para a ineficiência das garantias constitucionais foi a timidez do Poder Judiciário durante toda a República Velha. Prova disto foi a Emenda Constitucional de 5 de setembro de 1926 que afastou da jurisdição questões ligadas à intervenção nos Estados, declaração de estado de sítio e suas consequências, e mandatos de membros de legislativo e executivo¹⁶. Como se vê, enquanto nos Estados Unidos verificou-se desde cedo um enorme prestígio do Poder Judiciário, aqui o fenômeno foi exatamente oposto.

A Constituição de 1934, fruto de deliberação de Assembléia Constituinte eleita em 03.05.1933¹⁷, teve breve vigência. Esta também não chegou a empregar a expressão devido processo legal. Porém, tratou de insculpir no capítulo II de seu Título III alguns aspectos processuais do conteúdo jurídico anglo-americano da cláusula do devido processo legal, principalmente no que se refere à matéria penal. Vale conferir, por exemplo, os itens 21, 24, 25, e 26, todos do artigo 113.

¹⁵ *In Brasil: de Getúlio a Castelo Branco, 1930-1964*, p. 21/22.

¹⁶ Eis o parágrafo 5º acrescentado ao artigo 60 da Carta Política de 1891, pela Emenda nº 5/26: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer os atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”.

¹⁷ Anota Thomas Skidmore que “Os observadores concordaram em que elas foram notavelmente honestas, comparadas com as de antes de 1930”.

O período especialmente conturbado da breve história da Carta de 1934 torna evidente a falta de efetividade das garantias dos direitos fundamentais ali insculpidas. Com efeito, insuflando o medo da ameaça comunista, Vargas conseguiu do Congresso armas de emergência muito contundentes, utilizadas em diversas ocasiões, demonstrando claramente a inaptidão democrática do governo, mesmo antes do golpe derradeiro de 1937. Anota SKIDMORE: “*Os poderes de emergência do governo federal foram rapidamente aumentados. A 25 de novembro, Vargas pediu ao Congresso o estado de sítio. Foi aprovado. Em dezembro, a Câmara dos Deputados concordou em arrochar a Lei de Segurança Nacional, aprovando igualmente três emendas constitucionais. Uma autorizava o presidente a demitir sumariamente qualquer funcionário público, enquanto outra fortalecia o controle de Vargas sobre os militares, dando-lhe poderes sobre a promoção de todos os oficiais e onde deveriam servir. A terceira dava ao Presidente poderes temporários ainda maiores*”¹⁸.

Do mesmo modo, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, não prevê expressamente a cláusula do devido processo legal. Por óbvio, durante a ditadura Vargas não há o que se falar em direitos e garantias fundamentais. Dispensa-se, assim, maiores comentários a respeito da aplicação de aspectos do conteúdo jurídico clássico do devido processo legal no período.

A Constituição de 1946 inaugura um período democrático no país. Ainda aqui não há expressa menção ao princípio do devido processo legal. Porém, amplia-se sobremaneira os direitos e garantias constitucionais, dentre eles, alguns que constituem conotações particulares do amplo conceito do *due process of law*. Vale consignar a inafastabilidade da jurisdição (parágrafo 4º, art. 141), a ampla defesa criminal (parágrafo 25, art. 141), o princípio do juiz natural e da anterioridade da lei (parágrafo 27, art. 141), e todas as garantias típicas do devido processo legal na esfera penal (parágrafos 20, 21 e 22, todos do art. 141). De outro turno, garantias efetivas são conferidas ao Poder Judiciário, para bem desempenhar seu mister de derradeiro garante dos direitos fundamentais (art. 95, I, II e III).

O golpe militar de 1964 pôs fim ao período democrático inaugurado com a derrubada de Vargas em 1945. Não se pode falar, em verdade, em

¹⁸. Ob. Cit., p. 43/44.

efetividade de qualquer garantia constitucional, ainda que solenemente insculpida na Carta Política, em face de um regime de exceção.

A Constituição de 1988 marca o retorno à ordem democrática. Pela primeira vez em nossa história adota-se a consagrada expressão originária do direito inglês - *devido processo legal*.

Não obstante toda força, até mesmo histórica, contida na expressão, o legislador constituinte tratou de explicitar aspectos valorativamente implícitos no princípio. De fato, como bem observa NELSON NERY JUNIOR¹⁹, bastaria a Carta de 1988 ter-se referido tão-somente à garantia do devido processo legal, para abarcar toda uma série de garantias que fez questão de evidenciar, tais como a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e a via recursal ampla.

Se, deveras, não se pode falar que vivemos hoje numa democracia material, não se duvida que, ao menos na forma, vive-se sob tal espécie de governo²⁰. Assim é que, na ordem constitucional vigente, o princípio constitucional do devido processo legal tem tudo para florescer e alcançar a mais plena e ampla aplicabilidade, como ocorreu nos Estados Unidos da América.

Da rápida análise que se fez neste tópico, resta evidente que apenas em dois momentos de nossa história constitucional os direitos fundamentais, e suas correlatas garantias, foram passíveis de efetiva aplicação: sob a égide da Constituição de 1946 e, agora, sob o império da Carta de 1988.

III. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - ALCANCE DO CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Em recente ensaio, tivemos oportunidade de apreciar o tema da hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais²¹. Salientamos ali, acompanhando a lição de NORBERTO BOBBIO acima referida, que a questão que hoje se coloca em termos de direitos fundamentais é muito mais de sua garantia que de seu reconhecimento. De outro lado, frisamos ser o Judiciário o Poder por excelência para exercer este mister de protetor dos

¹⁹ In *Princípios do Processo Civil na Constituição*, p. 40.

²⁰ Sobre a diferença entre democracia formal e material, conferir excepcional artigo da lavra do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, publicado na *RDA* nº 212, sob o título *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*.

²¹ MATTA, José Eduardo, “A Emenda do Judiciário - Quem Garantirá as Garantias?”, in *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal* nº 2/2000, p.31/33.

direitos fundamentais. Era a lição de RUI já em seus **Comentários à Carta de 1891**²². Também hoje não se duvida de tal assertiva, eis que o Judiciário firma-se na realidade do século XXI, como *O Poder* que precipuamente cuida da salvaguarda dos direitos fundamentais²³.

Naquela oportunidade tratamos de justificar o motivo de preferirmos utilizar a expressão compacta *direito-garantia*, sem desprezar, por certo, a lógica jurídica das clássicas lições de RUI, a distinguir exatamente o direito de sua correlata garantia. Nossa intenção ao utilizar a fórmula *direito-garantia* é correlacionar uma palavra a outra de forma inapartável, evidenciando a necessidade de se dar efetividade às garantias, aos remédios, para a própria efetividade dos direitos solenemente insculpidos nas Declarações de Direitos dos povos.

Impõe-se reconhecer, ainda, e o dissemos naquele trabalho, que o moderno direito constitucional dá ênfase exatamente para a chamada constituição material, para os direitos e garantias fundamentais insculpidos nas Cartas. Assim, sempre que o intérprete ou aplicador de normas desta categoria tiver que delas tratar, deverá intentar atingir a amplitude máxima de seu conteúdo. Eis o motivo de ter o constituinte de 1988 conferido aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (parágrafo 1º do art. 5º da CF/88).

Não é outra a lição de GOMES CANOTILHO, em seu **Direito Constitucional**, ao dizer que “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”. E continua o mestre luso: “*É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas* (Thoma), *é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*”²⁴ (grifos nossos).

Pelo que se disse, ratificamos o entendimento anteriormente firmado naquele ensaio já referido, ao passo em que permitimo-nos transcrever nossa conclusão de então: “**Direitos e garantias fundamentais devem ser**

²² In **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, Coligidos e Ordenados por HOMERO PIRES, volume, IV, Livraria Acadêmica.

²³ Neste sentido, propondo um aperfeiçoamento do Direito Processual Constitucional, através do reconhecimento de participação de outros segmentos da sociedade na interpretação da norma constitucional, vale conferir a obra **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição**, de PETER HÄBERLE.

²⁴ In **Direito Constitucional**, p. 1149.

interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhas, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações”.

O mesmo tratamento hermenêutico deverá ser dado à cláusula do devido processo legal. Tratamento este compatível com as preocupações contemporâneas do Direito Constitucional, qual seja de tornar efetivos os direitos fundamentais. Há que se tomar o devido processo legal, pois, em toda a sua amplitude histórica, quer material, quer processual, indo até mais adiante, uma vez que a riqueza de nossa Carta Política assim o permite, de sorte a que possamos criar, ampliar e sedimentar, a cada decisão judicial, uma nova vertente do clássico princípio do devido processo legal.

IV. O ALCANCE DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE INSTÂNCIA PREVISTA NO PARÁGRAFO 1º, DO ART. 126, DA LEI Nº 8.213/91

Vimos até aqui que o princípio do devido processo legal possui todo um conteúdo histórico, resultado das lutas dos povos para limitação do poder estatal em prol do cidadão. Tal conteúdo é mutável, mas tendente a ser sempre ampliado, nunca mitigado, principalmente se tivermos em conta as preocupações do moderno constitucionalismo do século XX.

Pragmático e flexível que é o conceito de devido processo legal, poderia ter o legislador constituinte optado por referir-se tão-somente a ele. Todavia, preferiu, talvez por desconfiança em face da história recente do país, mencionar no bojo do artigo 5º da Lei Maior aspectos típicos daquela cláusula, como se fossem garantias autônomas. Tal fato em nada prejudica nosso estudo.

Devemos ter em mente, porém, que são faces do devido processo legal, por exemplo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º), o direito de petição (inciso XXXIV, “a”, do art. 5º), os princípios do juiz natural (inciso XXXVII c/c inciso LIII do art. 5º) e do administrador natural (inciso LIII do art. 5º), do contraditório e da ampla defesa em processo judicial e administrativo (inciso LV do art. 5º), e do acesso à via recursal em processo judicial e administrativo (inciso LV do art. 5º), dentre outros.

Observe-se que tratamos de colocar aspectos típicos do devido processo legal tradicionalmente aplicáveis ao processo judicial ao lado do chamado processo administrativo. É que a Constituição de 1988 tratou de

estender também à esfera administrativa as garantias do contraditório e da ampla defesa, do *julgador/administrador natural*, e do amplo acesso à via recursal. Com efeito, são vertentes do *due process of law*, agora também aplicáveis ao processo administrativo. Não há dúvida, pois, que todo o conteúdo jurídico do devido processo legal deve, hoje, estender-se também ao processo administrativo. A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO é firme sobre o tema: “*O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no art. 5º, LV...Parece-nos relevantíssimo que o texto constitucional assegure o devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que contém expressamente a obrigatoriedade, e não por acaso*”²⁵.

Destarte, por força do raciocínio empreendido no tópico anterior, também em relação ao processo administrativo a aplicação do conteúdo jurídico do princípio do devido processo legal deverá ser a mais ampla possível, de sorte a assegurar ao administrado/contribuinte o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Com efeito, em relação ao processo administrativo, a plenitude da aplicação do princípio do devido processo legal tem justificativa até mesmo econômica. Afinal, não há motivo em se remeter o administrado/contribuinte para uma via mais onerosa e em muitos casos mais lenta, se seu pleito pode e deve ser resolvido na própria esfera administrativa. Assim, dando ao administrado/contribuinte a certeza de que seus pleitos serão apreciados com a mesma seriedade que seriam na esfera judicial, através do respeito e plena incidência do devido processo legal, um número fenomenal de feitos sequer seriam propostos perante o Poder Judiciário. Esta é, em resumo, a proposta do eminente professor ALBERTO NOGUEIRA. Confirmam-se suas precisas palavras: “*O que falta, a nosso ver, é uma estrutura administrativa confiável, principalmente no primeiro nível (Delegados da Receita Federal), que assegure ao contribuinte o devido processo legal, com maiores garantias de defesa, à semelhança do novo Código de Processo Tributário de Portugal. O sistema atual não atende aos requisitos do contraditório, ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), desservindo aos contribuintes e ao próprio fisco, levando o conflito, freqüentemente, de logo, ao Judiciário, sem qualquer vantagem para ninguém. O contribuinte é forçado a contratar advogado e pagar custas judiciais para ver assegurado o seu direito de defesa. O Fisco, por seu turno, também arca com pesados*

²⁵ In Curso de Direito Administrativo, p. 290.

encargos para o pagamento de pessoal qualificado (Procuradores, pessoal de apoio técnico e a própria máquina judiciária)”²⁶.

A plenitude da incidência do conteúdo jurídico do devido processo legal na esfera administrativa deve abarcar, por certo, também o amplo acesso às vias recursais, ao duplo grau de jurisdição administrativa. A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, como sempre, enfrenta a questão com serena precisão: *“O direito ao duplo grau é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer seja de atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processo sancionatórios e/ou disciplinares. Remeter-se o administrado a via mais onerosa, quando a questão puder ser resolvida pela via administrativa, enfrenta uma série de princípios, tais como, do informalismo a favor do administrado, da verdade material, da economia processual e da gratuidade”²⁷.*

Destarte, contrariam o princípio constitucional do devido processo legal, em sua vertente da ampla defesa e do amplo acesso à via recursal, leis que exijam depósito prévio para que possa o administrado/contribuinte recorrer da decisão da primeira instância administrativa. A restrição ao norte claramente traçado pelo princípio do devido processo legal é evidente e injustificável. Finda por remeter de logo o contribuinte ao Poder Judiciário, quando o assunto ainda comportaria discussão na esfera administrativa.

Aliás, em matéria de processo administrativo tributário, por exemplo, tais leis parecem nascer na contramão da história. Com efeito, se em pleno período de ditadura militar, a garantia de instância na esfera administrativa foi extinta pelo Decreto-lei nº 822 de 05.09.69, é incompreensível que num regime que se pretende democrático seja instituída tal aberração, que fere de morte o princípio do devido processo legal.

Assim, já pelo que se disse até aqui, é de se concluir que o parágrafo 1º, que foi acrescentado pela Lei nº 9.639, de 25.05.98, ao artigo 126, da Lei nº 8.213, de 24.07.91, tendo instituído a lamentável garantia de instância, é incompatível com o alcance da cláusula do devido processo legal, devendo ser considerado, pois, inconstitucional, não obstante, d.m.v., as decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal em sentido contrário²⁸.

²⁶ In **O Devido Processo Legal Tributário**, p. 85.

²⁷ Ob. Cit., p. 293.

²⁸ Confira-se o teor dos Recursos Extraordinários nº 210.696, 210.243 e 210.192, 1º Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, publicados no DJ 03.04.98 e Recursos Extraordinários nº 224.958 e 223.179, 2a. Turma, Relator Ministro Carlos Velloso e Mauricio Correa, respectivamente, publicados no DJ 26.06.98.

Em arremate, permitimo-nos transcrever as poéticas palavras do professor SÉRGIO FERRAZ: *“Por sem dúvida, a participação democrática no processo administrativo representa a verdadeira contraface do autoritarismo. É dizer, o tema radica-se, fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade X liberdade. Em suma, o caminho da democratização não se perfaz somente com o regramento isonômico do processo administrativo, mas dele não prescinde...É curial que não basta, contudo, simples arranjo formal, que simule um processo administrativo com equilíbrio de faculdades entre seus participantes: imperioso é que em seu próprio cerne material se reflitam tais propósitos éticos, tudo de molde a tornar o processo um verdadeiro bastião potencial de defesa do cidadão contra o Estado...Desbastar essa floresta virgem é uma das tarefas primordiais do jurista brasileiro”*²⁹. ◆

²⁹ In “Processo Administrativo e Constituição de 1988”, artigo publicado na **RDP** nº 1/93, p. 86.